

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA ANÁLISE DA ILICITUDE DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

LUIZ AUGUSTO ALVES DE CARVALHO

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
NA ANÁLISE DA ILICITUDE DA PROVA NO DIREITO
PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília - UNICEUB, como requisito
parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

Orientador: **Henrique Smidt Simon**

Brasília – DF
1º Semestre – 2012

LUIZ AUGUSTO ALVES DE CARVALHO

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA ANÁLISE
DA ILICITUDE DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília - UNICEUB, como requisito
parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção
_____.

Banca Examinadora

Henrique Smidt Simon
Professor Orientador
Centro Universitário de Brasília

Professor
Centro Universitário de Brasília

Professor
Centro Universitário de Brasília

Dedico este trabalho, com carinho, a Augusto Cesar Barbosa de Carvalho, modelo exemplar de pessoa, profissional e pai.

“E porque vivemos tanto tempo juntos e tanto tempo separados, e o que o convívio criou nunca a ausência pôde destruir”.

Vinicius de Moraes

Agradeço à Jussara Alves, mãe e anjo da guarda. Mulher guerreira, exemplo de força, doçura, pureza e carinho. A quem devo a vida. A quem merece o que só Deus pode dar.

*“Ver diferente é a condição necessária para
continuar a ver”.*

Gaston Bachelard.

RESUMO

Esse trabalho tem por objetivo principal a análise da problemática que envolve os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade à luz do princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro.

No tocante aos direitos fundamentais, o entendimento firmado pelos doutrinadores brasileiros é o de que não são absolutos uma vez que, em inúmeras situações, limitam-se de forma recíproca.

Para o desenvolvimento deste trabalho, foi preciso abordar alguns temas que estão diretamente ligados aos direitos fundamentais, como por exemplo, o sistema processual penal atualmente vigente no mundo jurídico brasileiro, em uma análise de sua funcionalidade no que diz respeito ao conjunto fático probatório, sua produção, utilização e peculiaridades.

Para isso, faremos também uma abordagem do princípio da proporcionalidade, e em razão do reconhecimento de sua coercitividade no âmbito de sua aplicabilidade, sua necessária aplicação, para no caso concreto, fazer uma análise sobre a utilização de alguma prova obtida por meio ilícito em prol da sociedade.

Este é um tema que merece atenção dos operadores do Direito, pois, se na tentativa de proteger direitos fundamentais individuais, desconsiderar e excluir do mundo jurídico toda e qualquer prova que seja obtida por meios ilícitos, sem que essa exclusão passe por qualquer juízo de razoabilidade e proporcionalidade, isso acarretaria em uma afronta a outros interesses, individuais, coletivos e do próprio Estado, tão importantes como o respeito às normas jurídicas, a função social que a aplicação de pena possui, o controle da criminalidade e a punição do agente delituoso.

Palavras-chave: Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Direitos fundamentais. Princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Verdade processual. Sopesamento.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 01 – DAS PROVAS	12
1.1. A PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.	12
1.1.1. CONCEITO DE PROVA.	12
1.1.2. FATOS QUE INDEPENDEM DE PROVA.	15
1.1.3. O DIREITO FUNDAMENTAL À NÃO UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.	16
1.2. DA UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA EM BENEFÍCIO DO RÉU.	19
1.2.1. TEORIA DO FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA (<i>FRUITS OF THE POISONOUS TREE</i>).	20
CAPITULO 02 - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	24
2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.	24
2.2. DIFERENÇA ENTRE REGRA E PRINCÍPIO PARA ROBERT ALEXY.	25
2.2.1. PRINCÍPIOS COMO MANDAMENTOS DE OTIMIZAÇÃO.	26
2.2.2. REGRAS E PRINCÍPIOS COMO RAZÕES.	28
2.3. PORQUE PRINCÍPIOS SÃO VALORES.	29
CAPITULO 03 - PROVAS ILÍCITAS E A PROPORCIONALIDADE	33
3.1. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.	33
3.1.1. CASO RE 251.445-GO STF.	33
3.1.2. CASO <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 149.250/SP (2009/0192565-8) STJ.	37
3.2. PROVAS ILÍCITAS E PROPORCIONALIDADE.	40
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 traz, dentre outros, o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Esse princípio encontra-se insculpido no artigo 5º, inciso LVI e tem por objetivo a defesa de direitos fundamentais inerente a todos os cidadãos.

Esse princípio tem fundamental importância pelo seu caráter de repressão a possíveis ofensas aos direitos fundamentais, que por muitas vezes foram violados durante a história desta nação. Isto porque, durante o período de ditadura militar, em nome da segurança nacional, inúmeros abusos irreparáveis e inadmissíveis aos direitos humanos foram cometidos, tais como prisões ilegais, condenações sem provas e sem um devido processo legal, dissimuladas penas de morte dentre vários outros.

Vencido esse triste e abominável período de nossa história, na tentativa de abolir violações desta magnitude, o constituinte originário assentou o novel texto sobre valores mínimos da dignidade humana.

Dessa forma, pode-se dizer que o regime constitucional Brasileiro regula o processo judicial de forma que devem ser excluídos dos autos todas as provas obtidas de forma ilícita, reputando-as ineficazes, por não observarem o ordenamento jurídico e transgredirem direitos e garantias asseguradas pela Carta Magna.

Entretanto, a interpretação desta norma e sua aplicação no curso dos processos judiciais vêm ocasionando algumas situações que provocam indignidade social pela consequente impunidade que dela advêm, em alguns casos relacionados a crimes graves por sua natureza.

A Constituição de um estado democrático de direito deve prever e resguardar os principais valores e direitos fundamentais da existência humana, protegendo-os de ataques casuísticos, porém, respeitando sempre as mudanças sociais, que de forma inevitável, acarretam em uma constante mutação constitucional.

Surge, então, no direito processual brasileiro, uma necessária ponderação a ser feita no que diz respeito ao dever constitucional de excluir do mundo jurídico

processual aquelas provas obtidas por meios ilícitos e o dever de busca da verdade real e a punição dos crimes cometidos, utilizando a teoria da argumentação jurídica e o princípio da proporcionalidade para auferir no caso concreto a possibilidade de utilização da prova ilícita em prol da sociedade.

Isso porque, veremos que a cega observância da norma que determina que sejam excluídas do universo jurídico aquelas provas obtidas por meios ilícitos, sem que essa supressão passe pelo crivo da proporcionalidade (desde que respeitados seus requisitos de aplicabilidade: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) poderá acarretar em graves casos de impunidade, bem como graves violações à direitos fundamentais individuais (vítima) bem como coletivos (sociedade).

Dessa forma, buscamos por meio deste trabalho demonstrar a possibilidade de afastar essa norma que determina a não utilização das provas ilícitas, ainda que não haja outra norma de igual valor ou superior que possibilite essa relativização, por meio da análise do conflito entre os princípios envolvidos no caso concreto e a aplicação da proporcionalidade, em razão de sua coercibilidade no âmbito da existência e aplicabilidade, conforma preconiza as lições de Robert Alexy.

Para isso, inicialmente faremos uma abordagem sobre o instituto da prova no atual ordenamento jurídico brasileiro, discorrendo sobre diversos temas relevantes como, por exemplo, o conceito de prova, suas peculiaridades como sua utilização em benefício do réu, as teorias já existentes no ordenamento como exceção à não utilização da prova ilícita e o direito fundamental à sua não utilização, dentre outros.

Posteriormente, faremos um estudo sobre o princípio da proporcionalidade bem como os subprincípios que estão diretamente relacionados à sua correta aplicação, que envolverá a análise, sempre que houver a necessidade de relativização de um princípio em detrimento de outro, das peculiaridades do caso concreto bem como conflito entre os princípios que exprimem direitos e garantias fundamentais.

Com isso, por fim, faremos uma análise da possibilidade da aplicação desse princípio da proporcionalidade, observando-se a adequação, necessidade e

proporcionalidade em sentido estrito, por meio do sopesamento, para afastar a norma que proíbe a utilização das provas obtidas por meios ilícitos, buscando, sempre que possível, resguardar, de forma a não excluir em sua totalidade o princípio colidente, bem como respeitando, ainda, o princípio fundamental do contraditório e da ampla defesa, diretamente ligado à não utilização da prova ilícita no processo penal.

Discorrer sobre o assunto torna-se uma árdua tarefa dada sua complexidade e a história jurídica e doutrinária de ampla defesa aos direitos fundamentais e a constante busca por sua ampliação e repúdio às restrições.

CAPÍTULO 01 – DAS PROVAS

1.1. A prova no processo penal brasileiro.

1.1.1. Conceito de Prova.

Sabe-se que o curso do processo judicial brasileiro, considerando-se as peculiaridades de cada área de atuação, busca o esgotamento dos meios legais para se verificar a ocorrência e veracidade dos fatos alegados, para que somente após essa aferição seja feita a relação entre o fato e sua consequência jurídica.

O responsável por fazer essa relação é o magistrado, e por isso torna-se o destinatário da prova que por meio dela formará o seu convencimento para o julgamento da lide. Porém há quem entenda, na doutrina, que as partes que compõem o processo também são destinatárias das provas, ainda que de forma indireta, pois convencidas daquilo que ficou demonstrado no processo, aceitarão com mais tranquilidade a decisão¹.

Esses meios legais q citamos a pouco, utilizados na tentativa de se verificar a ocorrência e a veracidade dos fatos alegados, nas palavras de Tourinho Filho é: “tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que procura no processo e o convencimento do magistrado: testemunha, documento, perícia, informação da vítima, reconhecimento, tudo são meios de prova”².

Isso porque, o Código de Processo Penal, em seu artigo 155 e parágrafo único, com a redação dada pela Lei 11.690/2008, assim dispõe:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único: Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Fernando Capez traz o seguinte significado para o termo prova:

¹ TÁVORA, Nestor e Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de Direito processual Penal**, 6 edição, Ed. Jus Podvim, p. 358.

² FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de processo Penal**, 14 edição. Ed. Saraiva, p.563

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, com a redação determinada pela Lei, 11.690/2008, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.³

Quanto ao conceito de prova, não há divergência doutrinária, que em alguns casos encontra-se abordado de forma mais ampla ou restrita por alguns autores, como por exemplo, Guilherme de Souza Nucci, que em sua obra traz um triplice significado para o termo prova:

A – ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória);

B – meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal);

C – resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato⁴.

Superado o conceito da prova, passamos a uma rápida análise do **objetivo da prova**, que nas lições de Mirabete “provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo”⁵.

Depois de oferecida a denúncia ou a queixa, cabe precipuamente às partes, e de forma subsidiária ao magistrado, a produção de provas para se comprovar o alegado ou refutá-lo. Isso porque, conforme dispõe o art. 156, *caput*, 1ª parte, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/2008, “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)”.

Em relação à produção de provas *ex officio* pelo juiz, é regulamentado pelo art. 156, I do Código de Processo Penal, de forma que está autorizado pelo referido dispositivo, a ordenar, mesmo antes do início da ação penal, a produção antecipada

³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 18 edição. Ed. Saraiva, p.344.

⁴ TÁVORA, Nestor e Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de Direito processual Penal**, 6 edição, Ed. Jus Podvim, p. 358

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 edição. Ed. São Paulo: Atlas: 2007, p. 249.

das provas que considerar urgentes e relevantes, desde que essa determinação atenda aos requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade da medida.

Dessa forma, sabemos que o ônus da prova para a acusação será em relação aos fatos constitutivos da pretensão punitiva (tipicidade, dolo, culpa, autoria etc.), já para a defesa estará relacionada com os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos da pretensão punitiva (inocorrência do fato, negativa de autoria, excludentes de ilicitude, causas de diminuição de pena etc.)⁶.

Essa necessidade de comprovação dos fatos alegados pelas partes, leva-nos a uma passagem sobre qual o **objeto da prova**, uma vez serem elas que formam a base sobre qual se funda toda dialética processual, sendo inútil a realização de discussões jurisprudenciais ou teses doutrinárias, sob pena de perda do objeto da discussão, caso não existam provas válidas e idôneas que comprovem esses fatos alegados.⁷

O código de Processo penal, então, admite como meios legítimos de prova aqueles elencados e previstos nos artigos 158 a 250, porém como um rol meramente exemplificativo, uma vez que o Código de Processo Civil, que nessa parte, aplica-se ao processo penal, prevê a possibilidade de utilização como meios de prova os legais bem como os moralmente legítimos (CPC, art. 332).

Nesse sentido, as lições de Norberto Avena que em sua obra dispõe:

[...] o Código de Processo Penal como limitativo em termos de meios de prova, tampouco interpreta-lo de forma restrita a ponto de considerar-se como exaustiva a regulamentação nele inserida. Bem pelo contrário. Na atualidade, é preciso ter em mente que a regulamentação dos meios de prova existente no Código de Processo Penal não é taxativa, podendo ser aceitos meios de provas atípicos ou inominados, vale dizer, sem regulamentação expressa em lei, amplitude esta que se justifica na própria busca da verdade real que, sempre, será o fim do processo penal. Enfim, desde que não importe em violação à Constituição Federal e às normas processuais gerais, essa categoria de provas despida de regulamentação própria terá, em tese, o mesmo valor das provas consideradas típicas ou nominadas (objeto de regulamentação legal), ou seja, um valor relativo, condicionado ao exame conjunto dos elementos de convicção incorporados ao processo⁸.

O julgador, por sua vez, antes de prolatar sua decisão, deve conhecer do fato

⁶ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**, 4 edição. Ed. Método, p. 450.

⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 18 edição. Ed. Saraiva, p.344.

⁸ AVENA, *op. cit.*, p. 439.

objeto do processo, o suficiente para acolher ou rejeitar o pedido do acusador, devendo, diante de seu dever de magistrado, fazer tudo que esteja ao seu alcance legal para se chegar o mais perto possível do que conhecemos no processo penal de verdade real, também conhecida como material, que nada mais é a exposição dos fatos como eles aconteceram.

1.1.2. Fatos que independem de prova.

Conforme dispõe a melhor doutrina, sabemos que alguns fatos independem de prova, e nesse sentido, permito-me citar a elucidativa obra de Norberto Avena, que aborda essa questão sob o seguinte enfoque:

Fatos axiomáticos: são aqueles considerados evidentes, que decorrem da própria intuição, gerando grau de certeza irrefutável. Trata-se, enfim, dos fatos indiscutíveis, indubitáveis, que dispensam questionamentos de qualquer ordem. Por exemplo: a prova da putrefação do cadáver dispensa a prova da morte, pois a primeira circunstância (putrefação) decorre, inequivocamente, da segunda (a morte).

Fatos notórios: assim considerados os que fazem parte do patrimônio cultural de cada pessoa. Por isso mesmo, aqui se aplica o princípio *notorium non eget probatione* – o que é notório dispensa prova. Exemplos: Na Comarca de Camaquã, denunciado o Ministério Público determinada pessoa por crime contra a honra do Prefeito Municipal, será desnecessário comprovar, naquele juízo, que a vítima realmente foi diplomada como Chefe do Executivo, pois essa circunstância é por todos sabida na localidade, inclusive pelo juiz que lá jurisdiciona. Outros Exemplos: moeda nacional, condição de Presidente da República, um feriado nacional etc.

Presunções legais: são juízos de certeza que decorrem da lei. Classificam-se em absolutas (presunções *jure et de jure*) ou relativas (presunções *juris tantum*). As primeiras não aceitam prova em contrário, sendo exemplo a condição de inimputável do indivíduo menor de dezoito anos. Já as segundas admitem a produção de prova em sentido oposto, como a presunção de imputabilidade do maior de dezoito anos, que pode ser descaracterizada a partir de laudo de insanidade mental apontando que o indivíduo não possui discernimento.

Fatos inúteis: são os que não possuem nenhuma relevância na decisão da causa, dispensando, inclusive, a análise pelo julgador. São circunstâncias incidentais, de caráter secundário, absolutamente

desnecessárias à solução da lide. Exemplo: as preferências sexuais de indivíduo acusado de crime de furto⁹.

Em relação aos fatos incontroversos, aqui torna-se necessário fazer uma distinção do processo penal com o processo civil. Os fatos incontroversos no processo civil, regulamentado pelo art. 334, III, do Código de Processo Civil, possuem presunção de veracidade, sendo um dos efeitos da revelia, dessa forma, é dispensável a produção de provas em relação a eles. Já no processo penal não há essa presunção, não sendo dispensável a produção da prova em relação a esses fatos.

Assim, a prova deve ser fundada em fatos juridicamente relevantes, devendo ser provados, inclusive o fato administrativo ou os incontroversos (admitidos pelas partes), pois como vimos anteriormente, cada área de atuação tem sua peculiaridade, e essa é uma delas da área penal, pois diferentemente do processo civil, o magistrado não está obrigado a aceitar o que foi alegado pelas partes, ainda que sejam alegações convergentes.

Logo, as provas devem ser:

- a. *Admissível* (permitida pela lei ou costume judiciários). É também conhecida como prova genética, como tal entendida toda a prova admitida pelo direito;
- b. *Pertinente ou fundada* (aquela que tenha relação com o processo, contrapondo-se à prova inútil);
- c. *Concludente* (visa esclarecer uma questão controvertida); e
- d. *Possível de realização*¹⁰

1.1.3. O direito fundamental à não utilização das provas ilícitas no processo penal brasileiro.

A Constituição Federal Brasileira ocupa o ápice do ordenamento, e, como consequência, todas as outras fontes de direito devem estar de acordo com suas disposições e seus princípios, devendo todas essas demais fontes ser interpretadas à luz da Carta Maior, tornando-se assim inadmissíveis no processo as provas

⁹ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**, 4 edição. Ed. Método, pp. 440/441.

¹⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 18 edição. Ed. Saraiva, p.346.

obtidas por meios ilícitos, assim como dispõe o artigo 5º, inciso LVI da Carta Magna Brasileira bem como o art. 157 do Código de Processo Penal que preconiza: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (Redação dada pela Lei 11.690 de 2008).

Até pouco tempo, a legislação infraconstitucional não trazia nenhum dispositivo que tratasse a respeito da ilicitude da prova. Recentemente, com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do Código de Processo Penal, o referido artigo passar a ter a seguinte redação: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci, em sua obra, doutrina que:

Cabe ao Estado – através de seus poderes – cumprir e fazer cumprir a Constituição, concretizada pela vontade do povo, autêntico titular do poder constituinte. Sob tal prisma, nenhuma norma infraconstitucional pode conflitar com a Constituição sem ter de ceder o seu espaço para a supremacia da Lei Fundamental. Tanto é assim que o governante não está obrigado a cumprir leis inconstitucionais, nem o Legislativo deve criá-las e cabe ao judiciário zelar pelo controle de constitucionalidade das normas em geral¹¹.

Sendo assim, conclui-se que “o processo penal deve formar-se em torno da produção de provas legais e legítimas, inadmitindo-se qualquer prova obtida por meio ilícito”¹².

Logo, estabelece-se uma diferença entre o nome do princípio: vedação das provas ilícitas, com sua verdadeira função que é a vedação da utilização da provas obtidas por meio ilícito.

Parte da doutrina leciona que as provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas, entretanto, ao contrário do que alguns doutrinadores defendem, o gênero seria a ilicitude, e não a ilegalidade, vez que, conforme estudado nos outros ramos do direito, ilicitude significa:

(...) o que é contrário ao ordenamento jurídico, contrário ao Direito de um modo geral, que envolve tanto o ilegal, quanto o ilegítimo, isto é, tanto a infringência às normas legalmente produzidas, de direito

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

¹² NUCCI, *op. cit.*, p 87.

material e processual, quanto aos princípios gerais de direito, aos bons costumes e à moral¹³.

Um exemplo dessa divergência são os ensinamentos de Tourinho filho, que inclui no conceito de ilicitude aquelas ilegítimas, e em sua obra ensina que é “evidente que as provas até então denominadas ilegítimas, como as cartas interceptadas ou obtidas por meios criminosos, ou seja, ilegitimamente inserem-se no rol das provas ilícitas”¹⁴.

Sobre esse polêmico tema, Norberto Avena aduz em sua obra que a prova ilegal seria o gênero, de forma que as espécies seriam as provas ilícitas (aquelas obtidas mediante violação direta ou indireta da Constituição Federal), as provas ilícitas por derivação (pela ilicitude da prova que as gerou ou pela ilegalidade da situação em que foram produzidas) e as provas ilegítimas (aquelas obtidas ou produzidas em afronta à normas de natureza processual)¹⁵.

Outra abordagem constitucional é o conceito de ilicitude, possuindo dois significados. O mais restrito diz respeito somente ao fato de ser algo contrário à lei. Já o mais amplo, preferido pela Constituição, além de abranger este conceito, diz-se ilícito quando contrário também à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito.

Com a reforma processual penal, que ocorreu com o advento da Lei. 11.690/08, prevaleceu então esse entendimento que entende como prova ilícita tanto aquela que viole disposições processuais como as materiais.

Com isso, faz-se necessária a divisão do que é materialmente ilícito e formalmente ilícito:

materialmente ilícito (a forma de obtenção da prova é proibida por lei) e o que é formalmente ilícito (a forma de introdução da prova no processo é vedada por lei). Este último enfoque (formalmente ilícito) como defendemos, é o ilegítimo¹⁶.

Nesse ponto, converge na doutrina o entendimento quando a ilicitude formal e material. Vejamos nas palavras de Fernando Capez:

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 88.

¹⁴ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de processo Penal**, 14 edição. Ed. Saraiva, p.566.

¹⁵ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**, 4 edição. Ed. Método, p. 459.

¹⁶ NUCCI, *op. cit.*, p. 87.

A ilicitude formal ocorrerá quando a prova, no seu momento introdutório, for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita a sua origem. Já a ilicitude material delinea-se através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue dado probatório, como nas hipóteses de invasão domiciliar...¹⁷.

Indaga-se qual a consequência jurídica de ser uma prova considerada obtida por meios ilícitos. De acordo com a doutrina e até mesmo os magistrados ao aplicarem a lei ao caso concreto, seria uma prova inidônea, ou seja, incapaz de provar a veracidade de um fato, tornando-se irrelevante no processo, devendo então ser desentranhada dos autos. Porém, há quem entenda que deverá a prova permanecer em apartado ao processo, possibilitando a eventual utilização da prova ilícita em favor do réu de forma a comprovar sua inocência¹⁸.

Entretanto, será que o simples contato, direta ou indiretamente, com uma prova com tais características (ilicitude), não teria a capacidade de influenciar na convicção e imparcialidade do julgador? E que esse contato poderia, ainda que sem a intenção, deixar com que o conteúdo da prova proibida afete sua decisão?

1.2. Da utilização da prova ilícita em benefício do réu.

Outro ponto relevante é a aplicação do princípio da vedação das provas obtidas por meios ilícitos, porém dessa vez destinada à absolvição do réu. Em relação a esse ponto não há divergência doutrinária ou jurisprudencial, sendo cediço que tal prova, ainda que obtida por meios ilícitos, poderá ser utilizada em favor do réu, caso implique sua absolvição, pois agora há outro interesse em questão, qual seja, evitar-se o erro judiciário a qualquer custo. Ou seja, para tal fim, evitar o erro judiciário, os fins justificam os meios.

Tal posição é, de fato, justa, fazendo-nos crer que é caso até de inexigibilidade de conduta diversa por parte de quem está sendo injustamente acusado, quando não for possível reconhecer a legítima defesa¹⁹.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 18 edição. Ed. Saraiva, p.347.

¹⁸ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**, 4 edição. Ed. Método, p. 464.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 90.

“não deixa de ser, em última análise, manifestação da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros”²⁰.

Nesse sentido, o doutrinador Norberto Avena aborda esse tema de forma diretamente ligada a esse trabalho monográfico, dispondo que:

[...] a doutrina e a jurisprudência majoritárias há longo tempo têm considerado possível a utilização das provas ilícitas em favor do réu quando se tratar da única forma de absolvê-lo ou, então, de comprovar um fato importante à sua defesa. Para tanto é aplicado o princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio do sopesamento.

Um exemplo claro seria na hipótese de uma interceptação telefônica, realizada sem a devida autorização judicial, conforme determina a Lei. 9.296/96, caracterizando uma evidente afronta à intimidade de alguém, infringindo o disposto no art. 5º, XII, da Constituição Federal. Entretanto, essa interceptação, em que pese a flagrante ilicitude da prova produzida pela violação ao dispositivo constitucional, caso seja a única prova que possibilite a absolvição do acusado, deve então ser utilizada para tal fim. Isso porque o *caput* do art. 5º da CF/88 prevê, dentre outros, o direito à liberdade, e nesse sentido a doutrina e a jurisprudência entendem que, para evitar-se uma condenação injusta, nesse caso, seria **razoável e proporcional** a utilização da prova ilícita²¹.

1.2.1. Teoria do fruto da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*).

Apesar da expressa vedação da utilização da(s) prova(s) obtidas por meio ilícitos, seria estranho pensar que em uma análise de casos específicos esse direito não deva ser relativizado em prol de outro princípio, o da verdade real, pautado pelo interesse social. Entretanto, para tal relativização, é preciso estudar dois sub princípios, quais sejam, a teoria da prova ilícita por derivação, também conhecida pela doutrina como teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous*

²⁰ D'URSO, Flavia. **Pincípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 124.

²¹ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**, 4 edição. Ed. Método, p. 468.

tree) e a teoria da proporcionalidade, razoabilidade ou teoria do interesse dominante.

A primeira teoria defende que uma prova produzida por meios ilícitos, caso enseje a produção de outras provas, sejam também declaradas ilícitas, sofrendo a consequência da perda de sua eficácia jurídica probatória. Um exemplo seria:

Graças à escuta ilegal efetivada, a polícia consegue obter dados para a localização da coisa furtada. A partir disso, obtém um mandado judicial, invade o lugar e apreende o material. Note-se que a apreensão está eivada do veneno gerado pela prova primária, isto é, a escuta indevidamente operada. Se for aceita como lícita a segunda prova, somente porque houve a expedição de mandado de busca por juiz de direito, em última análise, estar-se-ia compactuando com o ilícito, pois se termina por validar a conduta ilegal da autoridade policial²².

Dessa forma, no exemplo abordado, não deve a busca e apreensão ser utilizada no processo de forma a condenar o acusado por estar eivada do vício derivado do da prova originária. Contudo, em uma profunda análise fática de casos específicos, levando-se em consideração os conflitos entre os direitos fundamentais envolvidos, seria justo, em todos os casos, o direito individual prevalecer perante os interesses da sociedade? Essa pergunta será devidamente respondida no decorrer deste trabalho por meio da análise jurisprudencial e um estudo mais aprofundado sobre o princípio da proporcionalidade na análise da ilicitude da prova no direito processual penal brasileiro.

A proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) ganhou desenvoltura e disciplina na jurisprudência alemãs, adaptada ao Direito judicial estadunidense como teoria da proporcionalidade das provas ilícitas, quando, sopesando o caso concreto, chegue-se à conclusão que a exclusão da prova ilícita levaria à absoluta perplexidade e evidente injustiça²³.

Assim, o segundo princípio, o da proporcionalidade, vem regular a aplicação do primeiro (*fruits of the poisonous tree*), com a finalidade de “equilibrar os direitos individuais e interesses da sociedade, não se admitindo, pois, a rejeição contumaz das provas obtidas por meios ilícitos. Esta teoria vem ganhando muitos adeptos na atualidade, sendo originária na Alemanha” ²⁴.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010,. Ibidem, p.89.

²³ TÁVORA, Nestor e Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de Direito processual Penal**, 6 edição, Ed. Jus Podvim, p. 371.

²⁴ NUCCI, *op. cit.*, p. 89.

A teoria dos frutos da árvore envenenada, vigente no direito penal brasileiro, na forma do art. 157, parágrafo 1º do CPP, não é absoluta. É o que dispõe o parágrafo 2º do artigo supramencionado, “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Dessa forma, aplicam-se outros dois sub princípios, como teorias coexistentes. E o que a doutrina chama de limitação de fonte independente (*independent source limitation*) e descoberta inevitável (*inevitable discovery*). A primeira significa que – não é ilícita a prova que não haja nexo de causalidade com a reconhecidamente ilegal, ou quando poderiam ser obtidas por uma fonte independente dessas. Assim, não havendo vínculo entre as provas, não há de se falar em reflexos irradiando contaminação àquelas que não derivaram da primeira.²⁵ Já a segunda, tipificada no parágrafo 2º do artigo em foco, externa que – quando o órgão judicial se convence de que, fosse como fosse, se chegaria “inevitavelmente, nas circunstâncias, a obter a prova por meio legítimo”²⁶.

A jurisprudência vem aplicando esse entendimento, como pode-se verificar, por exemplo, no precedente do Supremo Tribunal Federal, que ao julgar o HC nº 84.679, Primeira Turma, DJu de 30/9/05, de relatoria do Ilustre Sr. Ministro Relator **Eros Grau**.

Em face ao exposto, conclui-se que o direito brasileiro, em regra, não permite que sejam utilizadas como meios probatórios, no curso do processo penal, as provas adquiridas/produzidas por meio ilícito, as que sua criação derivou da prova eivada de vício de ilicitude, ressalvado aquelas que observarem a limitação de fonte independente (*independent source limitation*) ou da descoberta inevitável (*inevitable discovery*) como vimos anteriormente.

Caso não seja o caso da exceção prevista por essas duas teorias, *Independent source limitation* e a *inevitable discovery*, a doutrina defende que:

[...] faltarão verdadeira justa causa para a deflagração da ação penal, de sorte que a inicial acusatória deve ser rejeitada caso os elementos

²⁵ TÁVORA, Nestor e Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de Direito processual Penal**, 6 edição, Ed. Jus Podvim, p. 368.

²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 18 ed. Saraiva, p.357.

informadores sejam contaminados pela extensão da prova ilícita, com arrimo no art. 395, em nova redação dada pela Lei. N.º 11.719/08. Deflagrado o processo, e faltando-lhes lastro probatório mínimo, pois o coligido está contaminado, o remédio é o habeas corpus, com o fito de trantar o procedimento iniciado²⁷.

Porém, veremos que essa regra, se aplicada em todo e qualquer caso, sem que na análise da ilicitude da prova passe pelo crivo da proporcionalidade e razoabilidade, veremos que a desconsideração dessa prova poderá acarretar em casos gravíssimos de impunidade daquele que transgride o ordenamento jurídico.

²⁷ TÁVORA, Nestor e Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de Direito processual Penal**, 6 edição, Ed. Jus Podvim, p. 367.

CAPITULO 02 - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1. Considerações iniciais.

A primeira vez que se ouviu falar em proporcionalidade foi na Alemanha. Em que pese ter se desenvolvido no campo constitucional, foi utilizado *prima facie* na esfera administrativa, como forma de limitação do Poder de Polícia, onde o Estado só estaria legitimado a restringir algum direito individual se, em contrapartida, houvesse a necessária preservação do interesse público²⁸.

Com o advento da Segunda Guerra Mundial surgiram os Estados de Direito e suas Constituições, agora com princípios constitucionais mais eficazes, bem como a ampliação dos direitos fundamentais como forma de restringir a atuação arbitrária estatal, conduzindo a uma grande expansão da proporcionalidade²⁹.

Nos dias atuais grande parte da doutrina trabalha esse princípio sob a base de seus três pilares ou subprincípios: Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Consoante explica Pulido:

1. Segundo o subprincípio da idoneidade (ou adequação), toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada para contribuir com a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo;
2. De acordo com o subprincípio da necessidade, toda medida de intervenção nos direitos fundamentais deve ser a mais benigna para com o direito objeto da intervenção, entre todas aquelas que se revestem, pelo menos, da mesma idoneidade para alcançar o objetivo proposto;
3. Enfim, conforme o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, a importância dos objetivos perseguidos por toda intervenção nos direitos fundamentais deve guardar uma adequada relação com o significado do Direito sob intervenção. Em outros termos, as vantagens que são obtidas mediante a intervenção no direito fundamental, devem compensar os sacrifícios que esta implica para os titulares e para a sociedade em geral³⁰.

²⁸ FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Ed. Livraria dos Advogados, p. 156.

²⁹ *Ibidem*, p. 158.

³⁰ PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**: centro de estudios políticos y constitucionales, 2005, p.38.

Thiago Ávila chama atenção para a falta de cuidado na hermenêutica atual e de técnica quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade:

A ausência de adequação e de proporção torna a restrição injustificável diante do princípio da proporcionalidade e permite afirmar que na situação de provas produzidas por particulares, há uma relação de precedência condicionada *prima facie* do princípio da proteção penal frente o princípio da inadmissibilidade. Entender de forma diversa implica negligenciar a realidade, a lógica e o senso comum de justiça³¹.

2.2. Diferença entre regra e princípio para Robert Alexy.

Fazer essa distinção entre regra e princípio é de fundamental importância nesse estudo relacionado às estruturas das normas de direitos fundamentais, uma vez que somente depois de realizada essa diferenciação é quando podemos perceber que nela se encontra a “(...) base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”³².

É nessa distinção que encontraremos o fundamento que vai justificar e fundamentar a utilização da prova ilícita *pro societate*.

Dessa forma, vimos a importância de deixar claro essa distinção, podendo ser visualizada de forma transparente, uma vez que, por diversas vezes as normas de direitos fundamentais são caracterizadas como princípios, e ainda mais recorrente “o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais é sublinhado de maneira menos direta”³³.

Inicialmente, verifica-se que regra e princípio são gêneros da espécie norma, uma vez que ambos possuem o condão de expressar o que deve ser, de forma que “(...) podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição”³⁴. Assim, tanto a regra quanto o princípio podem ser utilizados como “razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie

³¹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, p. 234.

³² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros editores, 2ª edição, p. 85.

³³ *Ibidem*, p. 87.

³⁴ *Ibidem*, p. 86.

muito diferente”³⁵.

Um dos critérios utilizados para fazer essa distinção é o da generalidade, de forma que os princípios são considerados como normas que possuem o grau de generalidade mais alto, já as regras seriam aquelas com o grau de generalidade mais baixo³⁶.

Podemos ainda fazer essa distinção por meio de outros critérios dentre os quais:

[...] “a determinabilidade dos casos de aplicação”, a forma de seu surgimento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas” -, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento³⁷.

Ademais, há ainda outro critério que será tratado de maneira mais abrangente adiante. Esse critério é o da análise dos princípios como mandamentos de otimização.

Levando em consideração esses critérios, em que pese existirem três teses conflitantes acerca da distinção entre regras e princípios, a correta é aquela que aceita e defende a possibilidade dessa distinção, de forma que entre eles não haveria apenas uma diferença gradual, mas, também, qualitativa, permitindo que se faça essa diferenciação de forma precisa, por meio da análise de um desses critérios supramencionados, qual seja, o dos princípios como mandamentos de otimização³⁸.

2.2.1. Princípios como mandamentos de otimização.

Chegamos então ao ponto principal que regula essa distinção entre regras e princípios. Esse ponto é a análise do critério “dos princípios como mandamentos de otimização”, entendendo-se mandamento tanto como uma permissão ou uma proibição. Dessa forma, os princípios determinam a realização de algo na sua forma

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros editores, 2a edição, p. 87.

³⁶ *Ibidem*, p. p. 87.

³⁷ *Ibidem*, pp. 87/88.

³⁸ *Ibidem*, p. 90.

mais abrangente, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso, e, essa possibilidade jurídica é determinada/restringida pela colisão entre os princípios e as regras que envolvem o caso concreto. Já as regras por sua vez, são tratadas como normas que são satisfeitas ou não. Isso significa dizer que há uma distinção entre regras e princípios, de forma qualitativa, sendo certo que toda norma ou é uma regra ou um princípio³⁹.

Diferenciado regra de princípio sob esse critério, princípios exprimem apenas as razões que justificariam a prática de determinado ato ou indicaria uma direção, sem, contudo, determinar de forma expressa qual deva ser a decisão a ser tomada. Em contrapartida, as regras, quando válidas, devem ser integralmente aplicadas no modo de “tudo ou nada”.

Por essa razão, podemos falar que as regras possuem sempre um caráter definitivo uma vez que estabelecem exatamente o que deve ser feito, determinando, pois si só, a extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Por sua vez, os princípios possuem sempre um mesmo caráter *prima facie*, apresentando razões que justificam a prática de determinada conduta, porém, que podem ser afastadas por razões antagônicas, e, diferentemente das regras, não dispendo sobre a extensão de seu conteúdo em face da possibilidade de colisão entre princípios e colisão fática⁴⁰.

Sob outro enfoque, Alexy, em sua obra traduzida por Virgílio Afonso, ensina que:

[...] Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se devem ser denominados “princípios formais”. Em um ordenamento jurídico, quando mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios – que teria como consequência o fim da validade das

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros editores, 2ª edição, p. 90.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 104.

regras enquanto regras – é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*⁴¹.

Conclui-se então, que ainda que o caráter definitivo de uma regra possa ser relativizado, jamais terá o mesmo patamar *prima facie* dos princípios. Em contrapartida, da mesma forma, por mais que o caráter *prima facie* dos princípios possa ser fortalecido, introduzindo-se uma carga argumentativa em seu discurso, em favor de determinados princípios, jamais terão o mesmo caráter das regras⁴².

2.2.2. Regras e princípios como razões.

A argumentação feita até o presente momento buscou demonstrar que as regras possuem natureza distinta à dos princípios. Agora demonstraremos por qual razão foi necessária essa distinção.

Os princípios podem ser considerados como razões para ações ou para normas, estas por sua vez dividem-se em normas universais ou individuais. Nesse contexto, defendido por Joseph Raz⁴³, tanto as regras quanto os princípios devem ser considerados como razões para norma, e, por conseguinte, se ambos são razões para normas, são também, indiretamente, razões para ações. Nesse sentido:

[...] A visão aqui defendida corresponde ao ponto de vista da Ciência do Direito. Na Ciência do Direito são formulados juízos sobre o que é devido, o que é proibido e o que é permitido, e o juiz decide exatamente sobre isso. O conceito semântico de norma é desenvolvido para essa tarefa. Se se compreendem regras e princípios como razões para normas, a relação de fundamentação fica limitada a objetos de uma categoria, o que facilita seu manejo e, sobretudo, sua análise lógica.

Um dos critérios para a diferenciação entre regras e princípios, acima mencionados, classifica os princípios como razões diretas para decisões concretas. A compreensão de que os princípios são razões para regras e as regras são razões para decisões concretas (normas individuais) tem, à primeira vista, algo plausível. Mas, a partir de uma análise mais detalhada, essa concepção mostra-se incorreta. Regras podem ser também razões para decisões concretas. Quem aceita para si como inafastável a norma “não ferir alguém em sua auto-estima”, aceita uma regra. Essa regra pode ser uma razão para outra

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros editores, 2ª edição, p. 105.

⁴² *Ibidem*, p. 104.

⁴³ RAZ, Josef. **Practical Reason and Norms**. London: Oxford University Press, 1975, pp. 15 e 58.

regra: “não falar com alguém sobre seus fracassos”. De outro lado, princípios podem também ser razões para decisões, isto é, para juízos concretos de dever-ser⁴⁴.

Dessa forma, podemos concluir que tanto as regras quanto os princípios são dotados de coercitividade, igualando-se em uma situação de conflito, de forma que poder-se-ia resolver esse conflito pela aplicação da proporcionalidade, afastando a incidência de uma regra em face de um princípio.

2.3. Porque princípios são valores.

Princípios e valores estão intimamente interligados. Isso porque, é possível em que haja tanto uma colisão quanto um sopesamento, seja entre princípios ou então entre valores. Por outro lado:

[...] a realização gradual de princípios corresponde à realização gradual de valores. Diante disso, é possível transformar os enunciados sobre valores do Tribunal Constitucional Federal em enunciados sobre princípios, e enunciados sobre princípios ou máximas em enunciados sobre valores, sem que, com isso, haja perda de conteúdo⁴⁵.

Para isso, faz-se necessário uma breve análise sobre o significado do termo sopesamento. Imagine que alguém que esteja sendo acusado da prática de algum crime, e que, em razão de alguma debilidade física, caso essa pessoa seja sujeitada a uma audiência judicial, existe um alto risco de sofrer um derrame cerebral ou alguma consequência mais grave, em razão da pressão psicológica sofrida a quem se submete a tal procedimento.

Nesses casos, para solução da problemática que envolve o dever do Estado em garantir uma aplicação do direito penal e também a garantia dos direitos constitucionais do acusado, como, por exemplo, integridade física ou até mesmo a vida, não pode-se estabelecer simplesmente uma precedência absoluta de um desses deveres em relação ao outro, sendo necessário a realização de um sopesamento.⁴⁶

Dessa forma, sopesar, implica uma análise profunda do caso concreto,

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros editores, 2ª edição, p. 107.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 144.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 94/95.

levando-se em consideração todas as peculiaridades, para, na análise do confronto desses interesses de mesmo nível, poder chegar a uma definição de qual desses interesses deve prevalecer em relação ao outro. Logo, se esse sopesamento chegar à conclusão de que os interesses do acusado tem um peso sensivelmente maior que a intervenção estatal, a persecução da ação penal com a designação da audiência fere o princípio da proporcionalidade.

Essa decisão que deve ser feita para determinar a prevalência de um interesse em relação a(os) outro(s) corresponde à uma colisão entre princípios, de forma que a única diferença encontra-se na esfera terminológica. Nesse sentido:

Na decisão não se fala em “colisão”, mas de uma “situação de tensão” e de um “conflito”; e aquilo que colide e que é sopesado não é caracterizado como um “princípio”, mas como “dever”, “direito fundamental”, “pretensão” e “interesse”. Mas a caracterização da situação decisória como uma colisão entre princípios é perfeitamente possível. Isso ocorre quando se fala, de um lado, do dever de garantir, na maior medida possível, a operacionalidade do direito penal e, de outro lado, do dever de manter incólume, na maior medida possível, a vida e a integridade física do acusado. Esses deveres devem ser aplicados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização⁴⁷.

Dessa forma, o sopesamento consistiria nas análises das condições de precedência (conjunto fático do caso concreto) e na fundamentação da tese que justifica a prevalência de um interesse em relação a outro, antagônico.

Essas condições de precedência exercem um duplo papel, isso porque, além de ser o conjunto fático do caso concreto, torna-se também o suporte fático de uma regra, de forma que determinado interesse (princípio) só irá prevalecer em relação a outro se e somente se estiverem presentes aquelas condições fáticas. Nesse sentido, assim dispõe a obra de Robert Alexy:

Se o princípio $P1$ tem precedência em face do princípio $P2$ sob as condições C : $(P1 \succ P2) \ C$, e se do princípio $P1$, sob as condições C , decorre a consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$.

Uma fórmula menos técnica seria:

As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros editores, 2ª edição, p. 95.

expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência⁴⁸.

Existem dois modelos de sopesamento, o *decisionista* e o *fundamentado*. “Em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada”⁴⁹. Entretanto, deve-se realizar o sopesamento com base no modelo fundamentado, uma vez que somente por meio dele abandona-se o processo psíquico, que acarretaria na utilização de concepções subjetivas e, conseguinte, um equivocado sopesamento, conforme ocorre no modelo decisionista. Nesse sentido, veja-se:

No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade do sopesamento lava-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes⁵⁰.

Para fugir da problemática da subjetividade que envolve a importância relativa dos princípios, de forma que para uma pessoa A deve prevalecer o princípio X, já para B, deve prevalecer o princípio Y, quando em uma situação de conflito entre X e Y, deve-se somar à equação o chamado grau de satisfação. Veja-se:

De acordo com a lei do sopesamento (...), a decisão acerca da correção desses sopesamentos deve ser tomada com base nos graus de importância da satisfação de um princípio e satisfação/não-satisfação (não-afetação/afetação) de outro (...).

A lei do sopesamento não é, contudo, despida de importância. Ela diz o que é importante no sopesamento: de um lado, o grau ou a intensidade da não-satisfação ou da afetação de um princípio e, de outro lado, o grau de importância da satisfação do outro princípio. Aquele que afirma que uma afetação muito intensa só pode ser justificada por meio de um grau muito alto de importância da satisfação do princípio colidente ainda não diz quando essa afetação muito intensa e quando esse alto grau de importância estão presentes, mas ele diz o que deve ser fundamentado para se justificar o enunciado de preferência que representa o resultado do

⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros editores, 2a edição, p. 99.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 165.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 165.

sopesamento (...). É possível levar em consideração qualquer argumento típico da argumentação jurídica⁵¹.

Esse modelo fundamento esclarece que o sopesamento, em que pese não estabelecer um parâmetro definido que auxilie nesse procedimento, oferece um critério, associando a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional, de forma que, não há óbice em se reconhecer o caráter universal do sopesamento, ainda que analisado e realizado sempre para a solução de casos específicos.

⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros editores, 2a edição, p. 171.

CAPITULO 03 - Provas ilícitas e a Proporcionalidade

3.1. Análise jurisprudencial.

3.1.1. CASO RE 251.445-GO STF.

Em uma breve síntese no caso sob análise, trata-se de um dentista que molestou vários pacientes, entre eles crianças e adolescentes, insatisfeito, produzia e guardava no cofre de seu consultório vídeos e fotografias desses crimes que praticava.

Um dia, alguns pacientes/vítimas invadiram seu consultório e furtaram as provas dos assédios, que foram produzidas pelo próprio dentista, e com elas passaram a chantageá-lo com a intenção de obter vantagem pecuniária (Extorsão – crime tipificado no art. 158 do Código penal).

O dentista, diante da tentativa de extorsão que estava sofrendo, procurou a polícia que por meio de um mandato de busca e apreensão teve acesso às provas que foram furtadas pelos menores.

A autoridade policial, ao analisar essas evidências, iniciou uma investigação que além de acarretar na denúncia dos pacientes pelo crime de tentativa de extorsão, levou também à acusação e posterior condenação do dentista pelos crimes de atentado violento ao pudor, estupro e o delito previsto no art. 241 da Lei n. 8.069/90 (*Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente* - redação anterior à edição da Lei 11.829/08 que alterou o dispositivo).

Em apelação, o TJ/GO absolveu o acusado do delito do art. 241 da Lei n. 8.069/90, por entender que, em relação a este, a única prova existente eram as fotos produto do furto praticado pelos adolescentes (vítimas/pacientes), que eram provas ilícitas, não sendo possível sua utilização para condenação do réu.

O MP/GO interpôs recurso extraordinário contra essa absolvição, que foi negado provimento, monocraticamente, pelo Ilustre Ministro Celso de Mello, que no julgamento do apelo extremo confirmou o argumento de que a prova era ilícita, uma

vez que obtida em violação à privacidade e ao domicílio do acusado. Esse precedente possui uma peculiaridade no sentido ter sido obtida por meio de um furto de utilizada com a intenção de obter uma vantagem indevida (extorsão) ⁵².

Cito excertos da referida decisão monocrática do Ministro relator Celso de Mello:

EMENTA: PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI).

[...]

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra decisão do Tribunal de Justiça local, consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 586/587):

"ABUSO SEXUAL CONTRA MENORES. NULIDADES: PREJUÍZO INDEMONSTRADO. SENTENÇA. PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS. CONSERVAÇÃO DA PARTE IMACULADA. ABSOLVIÇÃO DAS IMPUTAÇÕES QUE DELAS DEPENDAM. CORRELAÇÃO ADEQUADA ENTRE A SINTÉTICA DENÚNCIA E A CONDENAÇÃO BASEADA EM ELEMENTOS DOS AUTOS. PENA: DIMINUIÇÃO.

- Não basta a simples indicação de nulidades relativas, cobra-se para sua declaração, além da prova do prejuízo, a impugnação congruo tempore.

- Fotos surrupiadas de seu proprietário, que atentem contra a intimidade, direito constitucionalmente reconhecido, são imprestáveis para sustentar um provimento condenatório, pois ilícitas, devendo ser retiradas dos autos e devolvidas. Não aproveitável é, ainda, a ilegítima perícia de verificação do local do delito, realizada em desacordo com a legislação penal.

- Sendo o processo uma seqüência coordenada de atos, no seu aspecto extrínseco, devem prevalecer aqueles atos não atingidos pelos viciados, preceitua o artigo 793, § 1º, Código de Processo Penal, inclusive a sentença (ato múltiplo), em consonância com o princípio da conservação dos atos jurídicos.

- Com o expurgo das provas ilícitas e ilegítimas, deve prevalecer o provimento condenatório que guarda correlação com a sintética denúncia, somente quanto a uma das imputações, estribada nos elementos dos autos,

⁵² ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p 233.

consubstanciados na palavra coerente e concatenada da vítima em ambas as fases da persecução penal, roborada pelas confissões extrajudiciais dos réus e demais provas documentais.

- Merece diminuição a pena imposta, considerando várias condutas, por não mais existirem no mundo do processo.

- Apelação parcialmente provida." (grifei)

[...]

Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil.

[...]

Nesta colocação, não parece aceitável (embora sugestivo) o critério de 'razoabilidade' do direito norte-americano, correspondente ao princípio de 'proporcionalidade' do direito alemão, por tratar-se de critérios subjetivos, que podem induzir a interpretações perigosas, fugindo dos parâmetros de proteção da inviolabilidade da pessoa humana. A mitigação do rigor da admissibilidade das provas ilícitas deve ser feita através da análise da própria norma material violada: (...) sempre que a violação se der com relação aos direitos fundamentais e a suas garantias, não haverá como invocar-se o princípio da proporcionalidade."

[...] a advertência de LUIS ROBERTO BARROSO, que, em texto escrito com a colaboração de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas" in RDA 213/149-163) rejeita qualquer tipo de prova obtida por meio ilícito, demonstrando, ainda, o gravíssimo risco de se admitir essa espécie de evidência com apoio no princípio da proporcionalidade: "O entendimento flexibilizador dos dispositivos constitucionais citados, além de violar a dicção claríssima da Carta Constitucional, é de todo inconveniente em se considerando a realidade político-institucional do País.

[...]

Cabe ter presente, ainda, que o princípio da proporcionalidade não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Esse postulado, portanto, não deve ser invocado indiscriminadamente, ainda mais quando se acharem

expostos, a clara situação de risco, direitos fundamentais assegurados pela Constituição, como ocorre na espécie ora em exame, em que se decidiu, na esfera do Tribunal a quo, que a prova incriminadora dos ora recorridos foi produzida, na causa penal, com ofensa às cláusulas constitucionais que tutelam a inviolabilidade domiciliar e preservam a garantia da intimidade. Sob tal perspectiva, tenho como incensurável a advertência feita por ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO ("Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988", p. 249/266, in "Os 10 Anos da Constituição Federal", coordenação de ALEXANDRE DE MORAES, 1999, Atlas):

"Após dez anos de vigência do texto constitucional, persistem as resistências doutrinárias e dos tribunais à proibição categórica e absoluta do ingresso, no processo, das provas obtidas com violação do direito material. Isso decorre, a nosso ver, em primeiro lugar, de uma equivocada compreensão do princípio do livre convencimento do juiz, que não pode significar liberdade absoluta na condução do procedimento probatório nem julgamento desvinculado de regras legais. Tal princípio tem seu âmbito de operatividade restrito ao momento da valoração das provas, que deve incidir sobre material constituído por elementos admissíveis e regularmente incorporados ao processo. De outro lado, a preocupação em fornecer respostas prontas e eficazes às formas mais graves de criminalidade tem igualmente levado à admissão de provas maculadas pela ilicitude, sob a justificativa da proporcionalidade ou razoabilidade. Conquanto não se possa descartar a necessidade de ponderação de interesses nos casos concretos, tal critério não pode ser erigido à condição de regra capaz de tornar letra morta a disposição constitucional. Ademais, certamente não será com o incentivo às práticas ilegais que se poderá alcançar resultado positivo na repressão da criminalidade."

[...]

A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, qualificando-se como providência instrutória repelida pelo ordenamento constitucional, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica.⁵³

O parecer elaborado pela Procuradoria-Geral da República nos autos do processo sob análise, foi no sentido do respeito pela dignidade da pessoa humana das vítimas, bem como no interesse social de ver condutas como essas, crimes graves por sua natureza, serem devidamente punidas, fundamentando seu parecer pela aplicação do princípio da proporcionalidade, nos seguintes termos:

⁵³ BRASIL. STF, RE 251.445/GO, Min. **Celso de Melo** (decisão monocrática), DJu de 03 agosto de 2000, Informativo STF n.º. 197.

Possível evento criminoso anterior, com arrombamento de cofre por parte de terceiro, que recolheu as fotos de seu interior, entregando-as depois à polícia, não tem o condão de afastar a realidade objetiva, que é a ocorrência ilícita consumada com o ato de fotografar crianças e adolescentes em poses pornográficas, e, assim, impedir a apuração e punição do fato⁵⁴.

Verifica-se, então, que não houve lesão ao direito constitucional do indivíduo por parte do Estado, e sim, o próprio acusado teria comunicado o fato às autoridades que deu início à investigação policial.

Entretanto, abandonando essa discussão a respeito da classificação da prova como materialmente ilícita, se correta ou não, partindo da suposição de que tal decisão foi adequada, utilizaremos esse precedente para analisar se não estaríamos diante de um caso onde poderia prevalecer o *jus puniendi* estatal após o devido sopesamento entre os princípios envolvidos que justificariam a utilização da prova obtida por meio ilícito.

3.1.2. CASO *HABEAS CORPUS* Nº 149.250/SP (2009/0192565-8) STJ.

Outro caso, ainda mais recente, e também de fundamental importância o esgotamento da averiguação, de forma a se buscar a verdade real em seu grau mais elevado para que se verifique a materialidade dos crimes perpetrados em razão da gravidade dos delitos e o interesse social de punir esses delitos, é o caso da operação *Satiagraha* realizada pela Polícia Federal.

Esse caso ganha uma atenção no sentido do clamor público pela devida investigação e punição dos crimes praticados em razão do histórico de corrupção deste país. Nessa operação se investigou diversas pessoas que estariam ligadas à prática de vários crimes como desvio de verbas públicas, corrupção e lavagem de dinheiro. Para melhor elucidar a questão:

A Operação Satiagraha é uma operação da Polícia Federal Brasileira contra o desvio de verbas públicas, a corrupção e a lavagem de dinheiro (em Portugal branqueamento de capitais) desencadeada em princípios de 2004 e que resultou na prisão, determinada pela 6ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, de vários banqueiros, diretores de banco e investidores, em 8 de julho de 2008. As

⁵⁴ BRASIL. STF, RE 251.445/GO, Min. **Celso de Melo**.

chamadas operações policiais são conjuntos de diligências realizadas pela polícia durante uma investigação, geralmente relativas a um inquérito policial. Todo inquérito, por sua vez, ao ser concluído, é enviado ao Ministério Público, responsável por decidir se é caso ou não de iniciar um processo criminal contra os investigados.

Satyagraha foi o termo usado pelo pacifista indiano Mahatma Gandhi durante sua campanha pela independência da Índia. Em sânscrito, Satya significa 'verdade'. Já agraha quer dizer 'firmeza'. Assim, Satyagraha é a 'firmeza na verdade', ou 'firmeza da verdade'. Satyagraha significa o princípio da não-agressão, ou uma forma não-violenta de protesto, como um meio de revolução. Satyagraha também é traduzido como "o caminho da verdade" ou "a busca da verdade".

Segundo Igor Gielow, secretário de Redação da Sucursal de Brasília da Folha de S. Paulo: A Operação Satiagraha abriu uma verdadeira "caixa de Pandora". Negócios ligados ao nome do banqueiro Daniel Dantas, desde o governo Fernando Henrique até a gestão Lula, foram colocados no centro do debate político de uma hora para outra. O Judiciário está em polvorosa por conta do embate entre a Justiça Federal de primeira instância e o presidente do STF (Supremo Tribunal Federal). É discutida a necessidade de manter ou não o banqueiro preso.[1]

Revelações do delegado da Polícia Federal Carlos Eduardo Pellegrini, que atuou na Operação Satiagraha, indicam que a PF apreendeu, no apartamento do banqueiro Daniel Dantas, documentos que comprovam o pagamento "de propinas a políticos, juizes, jornalistas" no valor de R\$ 18 milhões⁵⁵.

O STJ, ao julgar o HC de nº 149.250/SP concedeu a ordem, entendendo pela ilicitude das provas que compunham o inquérito policial, determinando a anulação de todas as provas produzidas.

Mais uma vez o judiciário deixou de resguardar os direitos dos cidadãos, enfrentando e entrando na luta contra a corrupção, quando, ao invés de negar a ordem no *habeas corpus* em tela, não considerou o conflito entre princípios e direitos fundamentais que envolvem o caso concreto, e fazendo a análise da ilicitude da prova sob o crivo da proporcionalidade, determinando a anulação de todas as provas produzidas. O referido acórdão que concedeu a ordem no *habeas corpus* assim ementado:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO SATIAGRAHA. PARTICIPAÇÃO IRREGULAR, INDIVIDUOSAMENTE COMPROVADA, DE DEZENAS DE

⁵⁵ Wikipédia; **Operação Satiagraha** disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Opera%C3%A7%C3%A3o_Satiagraha.

FUNCIONÁRIOS DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) E DE EX-SERVIDOR DO SNI, EM INVESTIGAÇÃO CONDUZIDA PELA POLÍCIA FEDERAL. MANIFESTO ABUSO DE PODER. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR-SE A ATUAÇÃO EFETIVADA COMO HIPÓTESE EXCEPCIONALÍSSIMA, CAPAZ DE PERMITIR COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PRECEITO LEGAL AUTORIZANDO-A. PATENTE A OCORRÊNCIA DE INTROMISSÃO ESTATAL, ABUSIVA E ILEGAL NA ESFERA DA VIDA PRIVADA, NO CASO CONCRETO. VIOLAÇÕES DA HONRA, DA IMAGEM E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INDEVIDA OBTENÇÃO DE PROVA ILÍCITA, PORQUANTO COLHIDA EM DESCONFORMIDADE COM PRECEITO LEGAL. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. AS NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL, E DEMONSTRADAS À EXAUSTÃO, CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL. INFRINGÊNCIA A DIVERSOS DISPOSITIVOS DE LEI. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPARCIALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INQUESTIONAVELMENTE CARACTERIZADA. A AUTORIDADE DO JUIZ ESTÁ DIRETAMENTE LIGADA À SUA INDEPENDÊNCIA AO JULGAR E À IMPARCIALIDADE. UMA DECISÃO JUDICIAL NÃO PODE SER DITADA POR CRITÉRIOS SUBJETIVOS, NORTEADA PELO ABUSO DE PODER OU DISTANCIADA DOS PARÂMETROS LEGAIS. ESSAS EXIGÊNCIAS DECORREM DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS E DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO. NULIDADE DOS PROCEDIMENTOS QUE SE IMPÕE, ANULANDO-SE, DESDE O INÍCIO, A AÇÃO PENAL.

1. Uma análise detida dos 11 (onze) volumes que compõem o HC demonstra que existe uma grande quantidade de provas aptas a confirmar, cabalmente, a participação indevida, flagrantemente ilegal e abusiva, da ABIN e do investigador particular contratado pelo Delegado responsável pela chefia da Operação Satiagraha.
2. Não há se falar em compartilhamento de dados entre a ABIN e a Polícia Federal, haja vista que a hipótese dos autos não se enquadra nas exceções previstas na Lei nº 9.883/99.
3. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual, como nos ensina a Prof^a. Ada Pellegrini Grinover, in "Nulidades no Processo Penal", "o direito à prova está limitado, na medida em que constitui as garantias do contraditório e da ampla defesa, de sorte que o seu exercício não pode ultrapassar os limites da lei e, sobretudo, da Constituição."
4. No caso em exame, é inquestionável o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, e não convalescem, sob qualquer ângulo que seja analisada a questão, porquanto é manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelos agentes da ABIN e um ex-agente do SNI, ao arrepio da lei.

5. Insta assinalar, por oportuno, que o juiz deve estrita fidelidade à lei penal, dela não podendo se afastar a não ser que imprudentemente se arrisque a percorrer, de forma isolada, o caminho tortuoso da subjetividade que, não poucas vezes, desemboca na odiosa perda da imparcialidade. Ele não deve, jamais, perder de vista a importância da democracia e do Estado Democrático de Direito.

6. Portanto, inexistem dúvidas de que tais provas estão irremediavelmente maculadas, devendo ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam destituídas de qualquer eficácia jurídica, consoante entendimento já cristalizado pela doutrina pacífica e lastreado na torrencial jurisprudência dos nossos tribunais.

7. Pelo exposto, concedo a ordem para anular, todas as provas produzidas, em especial a dos procedimentos nº 2007.61.81.010208-7 (monitoramento telefônico), nº 2007.61.81.011419-3 (monitoramento telefônico), e nº 2008.61.81.008291-3 (ação controlada), e dos demais correlatos, anulando também, desde o início, a ação penal, na mesma esteira do bem elaborado parecer exarado pela douta Procuradoria da República⁵⁶.

Dessa forma, vimos, mais uma vez que essa determinação, de fato, não passou pelo crivo da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que, considerando o conflito entre os princípios e os direitos e garantias fundamentais que envolvem o caso concreto, poderia ser relativizada a norma que determina a não utilização das provas ilícitas para uma eventual condenação, de maneira *pro societate*.

3.2. Provas ilícitas e proporcionalidade.

Como vimos anteriormente, grande parte da doutrina e da jurisprudência não aceitam a utilização da prova ilícita para uma eventual condenação do réu, entendendo que, ainda que se empregue o princípio da proporcionalidade a fim de justificar essa utilização, não poderia ser feito. Porém, esse mesmo discurso, o da proporcionalidade, tem o condão de justificar a utilização da prova ilícita em benefício do réu, quando irá acarretar em sua absolvição.

Dessa forma, a inadmissibilidade da prova ilícita produz efeitos no controle da regularidade da atividade persecutória, obstando ou desestimulando a adoção de práticas probatórias espúrias por aquele responsável por sua produção. Assim

⁵⁶ BRASIL. STJ, HC 149.250/SP, Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJRJ), DJe de 19 de março de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=1040837&num_registro=200901925658&data=20110905&formato=HTML

dispõe Thiago Ávila Pierobom ao dissertar sobre o efeito dissuasório da inadmissibilidade da prova ilícita:

A instrumentalidade da garantia constitucional do princípio da inadmissibilidade é sua predisposição teleológica à proteção institucional dos direitos fundamentais materiais. Essa proteção não pode estar dirigida ao passado, pois o direito fundamental do caso concreto já está violado, mas é dirigida ao futuro ao criar um sistema que inadmita as violações aos direitos fundamentais. Considerando que diariamente os órgãos de persecução penal realizam atividades investigativas, procura-se criar um padrão de atuação policial que respeite os direitos fundamentais como parâmetros de conduta (dimensão objetiva) estabelecendo um contra-incentivo para a violação: a sanção processual da inadmissibilidade. Ao transformar a violação dos direitos fundamentais em um ato inútil de investigação, procuram-se dissuadir futuras violações⁵⁷.

Uma absolvição nos casos sob análise nesse trabalho monográfico não nos parece ser justa. Isso porque, considerando a afronta às normas processuais em relação à produção das provas em face às vítimas, que sofreram graves violações aos seus direitos fundamentais quando expostas a crimes dessa gravidade, ou em face dos direitos e garantias da sociedade em geral, deveria prevalecer o *jus puniendi* do Estado, uma vez que, como vimos anteriormente, a colisão entre os princípios envolvidos, justificaria, no caso concreto, por meio do devido sopesamento, fundamentar a utilização da prova ilícita *pro societate* para chegarmos à uma condenação.

Nesses casos, o devido processo legal encontra-se em colisão entre o direito de ampla defesa e o de não ser processado com base em provas colhidas ilicitamente. Entretanto, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade, de forma a exercer a ponderação com a maior cautela possível, onde deve prevalecer o princípio da ampla defesa, sob pena de suprimir a defesa do acusado aplicando a inadmissibilidade de provas ilícitas como argumento de proteção do devido processo legal, ou seja, justifica-se uma violação do devido processo legal utilizando-se como fundamento a proteção ao devido processo legal⁵⁸.

Nesse sentido, em sua obra, Aranha denomina a teoria da proporcionalidade

⁵⁷ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 119.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, **A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**, 2ª ed., Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999, p. 642.

no problema das provas ilícitas de teoria do interesse prevalecente, afirmando que:

[...] em certas situações, a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses fundamentais relevantes, antagônicos e que a ela cumpre preservar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A solução deve consultar o interesse que prevalecer e que, como tal, deve ser preservado⁵⁹.

Há quem entenda na doutrina que a utilização da prova ilícita *pro societate* está diretamente ligada, não só à proporcionalidade, mas também às questões chamadas de prevenção geral e prevenção especial:

[...] a primeira, sustentada na circunstância de que a ameaça quanto à possibilidade de uso de provas ilicitamente obtidas já consistiria, por si, em espécie de advertência para que integrantes do grupo social se abstivessem da prática de crimes; já a segunda, dirigida ao delinquente em particular que tenha sido condenado a partir de um critério menos rigoroso de aceitação das provas, para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais⁶⁰.

Ademais, não obstante os casos citados, verificamos, ainda, que, alguns julgados do STF vêm determinando o trancamento de investigações criminais em andamento, que tiveram início em informações decorrentes de provas supostamente ilícitas produzidas por particulares. Observa-se, primeiramente, que essas decisões impedem que se chegue à verdade real e a devida apuração dos fatos (crime). O segundo ponto a se destacar é que ainda que se considere eventual inadmissibilidade da prova produzida por particulares, a partir de uma hermenêutica sensata, levar-se-ia a aplicação do princípio da proporcionalidade admitindo-se, ao menos, as informações advindas da prova do particular como *notitia criminis* para permitir o início de uma investigação legítima, buscando-se assim, no curso do procedimento investigatório, outros meios de provas lícitas.

Em suma, tais decisões desconsideram a possibilidade de descoberta inevitável de outras provas válidas. Como bem afirma Thiago Ávila, “vedar todo e qualquer esclarecimento dos fatos é ignorar a verdade e fazer tábula rasa da justiça, à custa de um efeito dissuasório inexistente”⁶¹.

Vimos que a indignação social cresce cada vez mais com a gritante

⁵⁹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁶⁰ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**, 4 Ed.. Ed. Método, p. 469.

⁶¹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 237.

corrupção deste país, de forma que em razão da prática de crimes como os investigados na operação *Satyagraha*, a sociedade, vítima, sofre graves prejuízos com a falta de recursos e a precária prestação dos serviços públicos. Por essa razão, esse trabalho busca demonstrar que há sim a possibilidade de utilização da prova, ainda que ilícita, para se evitar, em casos como esses uma impunidade que cada vez mais contribui para o aparecimento de novos escândalos envolvendo corrupção.

Conforme bem colocado pelo site supramencionado em sua definição da operação *Satyagraha*, a utilização a prova ilícita, teria também o mesmo sentido da palavra: “*Satya* significa 'verdade'. Já *agraha* quer dizer 'firmeza'. Assim, *Satyagraha* é a 'firmeza na verdade', ou 'firmeza da verdade’”.

Se assim não fosse, não veríamos a crescente mobilização social que cada vez mais, seja nas redes sociais, seja em manifestações como, por exemplo, a marcha contra a corrupção, insurge-se contra essa corrupção que envolve o mau uso do dinheiro público e a prática desses crimes conexos como por exemplo fraude à licitações, corrupção passiva, dentre outros.

Dessa forma, este trabalho demonstrou, com fundamentos jurídicos pautados pelo discurso da proporcionalidade, a possibilidade da utilização da prova obtida por meios ilícitos para uma possível condenação do acusado quando as circunstâncias do caso concreto bem como a ponderação entre os princípios envolvidos assim possibilite.

Nesse contexto, o exame de cabimento do juízo de proporcionalidade deve passar, não somente pela identificação de uma tensão ou conflito entre princípios constitucionais relativos à efetiva proteção de direitos fundamentais (do réu e da vítima), mas também pela elaboração de critérios objetivos, tanto quanto possíveis, em que a escolha por um dos princípios possa não implicar o sacrifício integral do outro, como sustenta Alexy, de modo a permitir a coexistência pacífica entre todos os princípios que compõem o ordenamento jurídico⁶².

Como bem salienta Thiago Ávila, a exclusão da ilicitude de uma conduta realizada em legítima defesa ou estado de necessidade não é mera opção política, e

⁶² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 130-133.

sim porque respeita o princípio da proporcionalidade, o qual integra nosso ordenamento jurídico. Diante do exposto, destaca:

[...] a prova obtida com a violação de direitos fundamentais, se destinada a provar a inocência do acusado (adequação), sendo a única forma de que este dispõe (necessidade), respeitando a proporcionalidade do bem lesado com o bem a ser protegido (proporcionalidade estrita), deve ser aceita pelo juízo por aplicação do princípio da proporcionalidade.

[...] quando se aplica o princípio da proporcionalidade a determinada prova, o que se está realizando, em verdade, é a exclusão da antinomia da violação do direito substantivo com o ordenamento jurídico como um todo. O princípio da proporcionalidade legitima a conduta. Destarte, a prova obtida não é ilícita, apesar de formalmente violar uma norma atributiva de direito

Por essas razões que, observando a atual hermenêutica constitucional, em razão dessa colisão entre princípios de igual importância bem como pela multiplicidade de valores envolvidos, o caso em tela, bem como vários outros casos semelhantes, haveria de se submeter ao princípio da proporcionalidade merecendo outra decisão.

Alcançar-se-ia, então, uma justa solução ao caso concreto, considerando a violação aos direitos fundamentais das vítimas, não havendo que se falar em atuação irregular do Estado. A verdade judicial ou a verossimilhança, assim surgida, é imensamente maior que suas razões em contrário, bem como fortalece o discurso da utilização da prova *pro societate* em face da colisão entre os princípios que envolvem o caso.

Sobre esse tema, elucidativa as palavras de Norberto Avena, que em sua obra defende que:

Embora concordemos no sentido de que, efetivamente, não se pode atribuir a alguém a pecha da condenação quando existem provas, ainda que ilícitas, capaz de inocentá-lo entendemos que, na atualidade, decorrendo a prática do crime, muitas vezes, da ação de organizações altamente especializadas, não se pode radicalizar a incidência do princípio da proporcionalidade a ponto de direcioná-lo, unicamente, ao interesse do réu.

Imagine-se, por exemplo a hipótese de que um agente policial, infiltrado em organização criminosa voltada ao tráfico de drogas (crime de mal coletivo), valendo-se da confiança nele depositada pelo líder da quadrilha e do fato de ter acesso às dependências de sua residência em razão dessa confiança, venha a conseguir registrar, a partir de equipamento eletrônico clandestinamente

acoplado em dita casa, a prova capaz de comprovar seu envolvimento na prática de crimes. Ora, não há dúvidas de que, considerada a letra fria do texto constitucional, a prova assim obtida importaria em violação à intimidade e no consequente afrontamento da regra inscrita no art. 5.o, X, da CF, pouco importando se há ou não há a ordem judicial prevista no art. 2.o, VI, da Lei 9.034/1995 (que regulamenta os procedimentos de investigação do crime organizado), pois, afinal, a proteção à intimidade prevista no rotulado inciso X não é ressalvada pela possibilidade de autorização judicial, diferentemente do que ocorre com o sigilo das comunicações telefônicas⁶³.

Casos semelhantes veem ocorrendo atualmente, conforme verifica-se de uma breve análise jurisprudencial. Nesse sentido, veja-se:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Prova. Ilícitude. Caracterização. Quebra de sigilo bancário sem autorização judicial. Confissão obtida com base na prova ilegal. Contaminação. HC concedido para absolver a ré. Ofensa ao art. 5º, inc. LVI, da CF. Considera-se ilícita a prova criminal consistente em obtenção, sem mandado, de dados bancários da ré, e, como tal, contamina as demais provas produzidas com base nessa diligência ilegal. (HC 90298, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, DJe 16-10-2009 EMENT VOL-02378-02 PP-00353 RB v. 21, n. 553, 2009, p. 35-36)

Dessa forma, não se deve pensar que buscamos que seja a prova ilícita considerada como lícita, subsistindo ainda a sua natureza ilícita, porém sendo considerada no caso concreto como um fator de convicção do magistrado com a intenção de evitar uma injustiça, seja no caso de uma condenação ou uma absolvição, desde que atendidos os requisitos da proporcionalidade, necessidade e adequação.

⁶³ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**, 4 Ed.. Ed. Método, p. 468.

CONCLUSÃO

O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal reflete o repúdio às agressões aos direitos fundamentais sofridas no período ditatorial militar. Buscando eliminar tais ingerências, o constituinte originário assentou um princípio que tem sido passado por um processo hermenêutico extremado devido às claras questões históricas.

Conforme visto, iniciamos esse trabalho com uma análise profunda do atual ordenamento jurídico vigente no âmbito da prova no direito processual penal e suas peculiaridades, verificando-se, que o ordenamento repudia a utilização das provas obtidas por meios ilícitos para fundamentar uma condenação, em virtude da proteção ao direito fundamental do indivíduo, devendo ser, caso sejam assim consideradas, desentranha dos autos, pelo que dispõe o art. 5, inciso LVI da Constituição Federal de 1988 – CF/88 e o art. 157 do Código de Processo Penal - CPP.

Vimos que a ilicitude da prova tem o condão de contaminar as que delas advém, conhecida como teoria dos frutos da árvore envenenada, salvo quando rompido o nexo de causalidade entre a prova ilícita e a derivada, ou quando a prova derivada seria produzida/encontrada de forma inevitável, razão pela qual poderia ser utilizada no processo, pelo que dispõe o parágrafo 1º do art. 157 do CPP.

Verificou-se, também, uma construção doutrinária e jurisprudencial pacificada no sentido da possibilidade da utilização da prova ilícita quando se trata do único meio de prova da inocência do réu, aplicando-se, nesses casos, o princípio da proporcionalidade, a fim de se evitar o erro judiciário.

A interpretação dada pelos tribunais, atualmente, no tocante à aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, tem gerado situações de manifesta desproporção com a proteção conferida ao direito então violado em detrimento da proteção do direito da vítima do delito.

A exclusão absoluta das provas obtidas por meios ilícitos implica em uma violação a outros interesses tão relevantes quanto os direitos e garantias individuais, como, por exemplo, a eficácia do sistema jurídico-penal, o cumprimento da Lei, a

paz social, a responsabilização individual e etc, de forma que essa interpretação é incompatível com a política criminal de um Estado Democrático de Direito.

Considerando o fato da constante evolução social e com isso a necessidade de uma mutação constitucional, vimos que cresce a indignação com a impunidade daqueles que praticam crimes graves como os analisados neste trabalho (estupro, corrupção, desvio de verbas públicas etc.).

Com o estudo aprofundado do princípio da proporcionalidade, verificamos a possibilidade da utilização da prova ilícita *pro societate*, uma vez que, estabelecendo-se critérios objetivos de sua aplicação, respeitado os subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, é possível a realização de um sopesamento entre os princípios que envolvem esses casos para afastar a incidência da norma proibitiva da utilização da prova obtida por meios ilícitos e alcançar uma justa condenação.

Entretanto, em razão do alto grau de complexidade que envolve essa matéria da ilicitude da prova e a realização desse sopesamento, as provas em questão deverão ser analisadas com o maior zelo possível, passando por um crivo devidamente fundamentado de ponderação, evitando-se, assim, a exclusão total de direitos individuais na utilização das provas ilícitas, de forma que deve ser realizada somente uma ponderação e limitação desses direitos em prol da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*, 4. ed. Brasília: Método, 2012.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

D'URSO, Flavia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007.

TOURINO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo Penal*, 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira, *A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2 ed., Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*: centro de estudios políticos y constitucionales, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. *Revista dos Tribunais*, v.798, 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Teoria dos direitos fundamentais*. Ed. Malheiros editores, 2a edição,

TÁVORA, Nestor e Rosmar Rodrigues Alencar. *Curso de Direito processual Penal*, 6 ed. Salvador: Jus Podvim, 2009.